

# 互联网融资的法律风险与规制

## ——以 P2P 网贷平台为分析视角

崔志伟

(华东政法大学, 上海 200042)

**摘要:** 互联网金融作为传统金融自发改革、创新的产物, 具有传统金融无可比拟的优势, 但它除了具有金融领域的固有风险, 也具有互联网先进技术与传统金融结合而生成的新风险。对于这种风险, 应该坚持“非法律规范—行政法规规范—刑法规范”的调整位阶, 以保护金融创新为监管的出发点。对于致力于信用担保的 P2P 网贷平台, 应该对其资金池引入第三方托管, 不应一概以非法吸收公众存款罪取缔。金融创新背景下, 对金融管理秩序的垄断性保护失去了其正当性, 对于非法吸收公众存款罪的解释, 应该以公众财产权益这一法益为指导。

**关键词:** 互联网金融; P2P; 风险; 法律规制

**中图分类号:** F832.332      **文献标识码:** A      **文章编号:** 2095-0098(2015)06-0034-07

P2P 借贷最先于 2005 年出现在欧美国家, 之后迅即在世界范围内推广。这一信贷平台结合了互联网大数据的优势和传统的借贷模式, 将互联网的迅捷、高效、信息共享等优势充分运用到金融领域, 开创了互联网金融<sup>①</sup>的新模式。作为一种新生模式, 源于金融领域的自发革新, 是现有金融管理及运作体系不断调试的结果。就此而言, 互联网金融必有其先天优势, 但此新生模式既具备传统金融领域固有的风险, 也呈现出严格金融管控下所未有的新生风险。对于一种市场经济下的新生事物, 我们应该有雅量赋予其试错机制, 但对于其风险的法律防治也取得了经济学家、法学家的共识。法律在赋予其充分的创新空间的前提下, 立足于保护广大投资者的财产利益。本文试图从 P2P 网络融资平台的创新性及风险性出发, 研讨法律规制的必要性, 以及前置法(行政法)与保障法(刑法)的调整位阶, 以期推动互联网金融的有序、持续发展。

### 一、P2P 网贷平台之先天优势

P2P 网贷平台是传统金融模式不能适应市场经济进一步发展的需要而自发、内在的创新之举, 自然具备了传统金融所不具备的优势。

第一, 在我国实行国家全方位管控的计划经济时代以及延续至今的漫长时期, 金融领域一直处于国家垄断地位。金融是一国经济发展的生命, 建国初期, 百废待兴, 国民经济水平落后, 稳定压倒一切, 为了维护经济有序健康发展, 也为了保障人民集体共有的物质财产利益, 各行业实行国家垄断既是经济政策的当然结果, 也为那个时代所需。但随着改革开放以及市场经济体制的确立, 国民经济迅速发展, 各行各业交易日益复杂频繁, 为了尊重市场的主体地位, 国家逐渐为各行业“松绑”, 交由市场自发调整, 国家辅以宏观调控。但为金融领域的“松绑”明显滞后, 在金融垄断中, 国家控制了社会剩余资金。随着市场主体日益多样活跃, 一些民间中小微企业在促进国民经济发展中日益发挥着重要作用, 但其资金来源一直是困扰这些企业的头等难题, 因为在金融垄断下, 国有企业具有先天的行业优势、政策优势, 为各大银行放款对象之首选, 而这些

<sup>①</sup> 互联网金融包括第三方支付、P2P 借贷、众筹融资等, 受文章篇幅限制, 为了避免文章显得杂乱无序、无重点可循, 本文仅以 P2P 借贷为视角, 互联网金融的法律规制具有共通性, 借此角度以期达“以小见大”之效。

收稿日期: 2015-06-18

作者简介: 崔志伟(1990-), 男, 刑法学专业硕士研究生。研究方向为中国刑法与经济刑法。

中小微企业,尤其是处于创业阶段,风险较高,再加上收拢的闲余资金有限,便成为各大银行放款有意规避的对象。其实早在《圣经》中便有“牛在市场上踹谷的时候,不可笼住它的嘴”<sup>①</sup>的训言,即不能一方面指望马儿跑得快,又要求马儿不吃草。既然国民经济发展、公民就业等均受惠于民间企业,又对其资金来源上加以限制,这便造成极大的社会不公,也遏制了中小企业的发展。

互联网金融的兴起极大改善了这种局面,通过互联网融资平台,个人与企业可以面向全社会征集闲置资金,用于创业发展,极大地弥补了中小微企业的融资缺口,既提高了社会资金利用效率,又能为民间企业的发展提供“燃料”支持,为社会经济的发展提供更足的推动力。

第二,在民主国家里,任何政策的实施都是为了促进个人收入水平的提高。在金融垄断时代,国家也是考虑正规的金融机构有强大的资金支撑和信用支持,民间融资机构并不具备这方面的优势,民众所投资金没有较大保障,因此金融垄断一定程度上是为了保障公众资金安全的考虑。但随着经济不断发展,普通个人或家庭所具备的盈余资金增多,便产生了投资或存储的极大需求。但受小额性、分散性所困,“小户”和“散户”的投资、存储需求往往被金融市场所忽视,并且传统的直接融资和通过金融机构的间接融资具有很大的信息不对称性,即借贷双方很难广泛了解彼此的资金去向需求,于是资金借贷在很大程度上限于熟人社会关系,再加上银行存款利率趋低,这无疑不能满足公众的资金创利需求。虽然近些年,证券市场活跃,为广大市民开拓了广泛的投资渠道,但其高风险性超出了普通公众的承受力,普通公众也缺乏应对风险的经济常识,往往“望而却步”,证券行业并不适合草根阶层。

随着互联网金融的日益兴盛,普通公众通过详实、丰富的网络信息可以多方位了解其他人的融资需求,加上互联网融资平台与证券等行业相比具有较低的风险、较正规的金融机构具有较高的收益,<sup>②</sup>这种风险适宜、收益适中的投资方式恰能满足普通市民“钱生钱”的增资需求,也在他们承受能力之内。这不仅满足了公众的需求,也有利于高效利用社会闲散资金,有效实现资金需求与供给的对接,大大提高了社会资金的利用效率。

第三,互联网金融具有其特有的技术优势。大数据、云计算能够迅捷、方便地收集、分析借贷双方的供求信息,在短时间内高效匹配,并且不受地域限制,透明度更高、范围更广,大大提高金融服务水平,便捷人们的日常生活。并且,传统金融垄断模式已然不适应利率市场化、促进市场主体公平竞争的需要,成为深化改革的深层制约,而互联网金融正是传统金融在新时期的自我革新的体现。

十八届三中全会关于全面深化改革,提出“完善金融市场体系”“扩大金融业对内对外开放,在加强监管前提下,允许具备条件的民间资本依法发起设立中小型银行等金融机构。推进政策性金融机构改革”“发展普惠金融。鼓励金融创新,丰富金融市场层次和产品。”充分认识到互联网金融具有传统金融无可比拟的优势,促进其健康发展必将为深化金融体系乃至整个经济体制改革以及金融创新提供强大的动力支持。

## 二、P2P网贷平台之风险分析

### (一) P2P网贷平台之固有风险

P2P网贷平台融互联网与传统金融于一体,采各所长的同时,自然也兼具传统金融与互联网技术内在的风险。风险与收益并存以及两者正相关的金融常识告诉我们,P2P融资平台在具备高于银行存款利率几十倍收益的同时必将存在高于银行存款的风险,而这种风险是金融市场必备的,是无法通过法律或其他制度化措施抵消的。但我们可以通过分析这种较高风险的综合成因,从而将这种风险降到尽可能低的程度。

<sup>①</sup> 《旧约圣经·申命记》第25章第4节。此寓意是祭司作为专职侍奉上帝的一群人,没有自己的产业,以色列人供奉上帝的祭物应该部分归于他们,以作为他们侍奉上帝应得的份。笔者借用此旨在说明,要求其有付出,就应有特定回报作为补偿,用法律术语表达就是“权利”和“义务”的相对性。

<sup>②</sup> 相对于银行存款百分之零点的利率(2014年底,工商银行、农业银行、建设银行、中国银行、交通银行、招商银行的活期存款利率均为0.35%,一年整存整取利率为3%)。银行信息网.降息银行存款利率调整表[EB/OL].<http://www.yinhang123.net/lilvbiao/31456.html> 2015-1-19访问,大部分正规P2P平台普遍收益都在10%~18%之间,有的甚至高达24%(如易融恒信)。2014年P2P网贷平台排名[EB/OL].<http://www.phbang.cn/finance/investment/144639.html> 2015-1-19访问。

第一,投资者的从众性、非理性加剧了固有风险。P2P 融资平台投资者与证券行业的投资者不同,后者一般属于具备金融基础知识、具有一定风险防范意识,并且资金较为雄厚、风险承受力较强的“精英群体”,这个群体的投资或自身具备相应专业知识或经过专业咨询,对资金的去向、运转及收益过程等密切关注,一旦发现风险预兆,可以转手或兑现;而前者一般属于“草根阶层”,有的资金微少而“不屑”对资金去向、风险等密切关注,有的本身不具备相应的分析知识,并且由于网络融资作为一个新兴行业,与证券行业相比,其风险性不甚突出、未取得社会共识,加上其较高的收益率,普通民众往往会受利益驱使而罔顾风险,进而盲目从众跟进,“搭便车”现象十分突出,这种个体非理性便演化为集体非理性。再加上互联网融资不受地域限制、涉及人员更广,这类群体不具备风险预测能力,一旦风险现实化,会“猝不及防”,从而使局部的、一时的风险迅速演化为集体性、系统性风险。这种涉众风险被经济学家称为“长尾<sup>①</sup>风险”。

第二,虚拟信息内在的“不实性”风险也强化了其固有风险。较多经济学者均认为互联网金融借助互联网丰富、共享的信息,能够大大改善传统金融领域借贷双方的信息不对称性。但笔者认为,这种对称性很大程度上是形式的对称性,如果缺乏实质审查,融资信息则有伪造或篡改等不实的可能性。并且现代网络技术发达的同时,掌握高科技的不法分子也会趁机而入,计算机病毒、支付诈骗、钓鱼网站、客户信息泄露、身份信息被盗用等大量存在,即互联网金融受益于网络信息技术的同时,也受到网络信息安全的威胁。

第三,传统的金融垄断模式下的刑事立法使互联网金融与非法吸收公众存款犯罪几乎完全契合。2011年1月4日起施行的《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)第1条规定了“非法或者变相吸收公众存款”的四个条件:(1)未经有关部门依法批准或者借用合法经营的形式;(2)通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传;(3)承诺在一定期限内还本付息或者给付回报;(4)向社会不特定对象吸收资金。学者将其归纳为非法性、公开性、利益性和社会性。笔者认为,如果P2P 融资平台,仅限于“信息中介”的角色,不参与存贷双方的具体撮合和资金流转,便不涉嫌非法吸收公众存款犯罪。<sup>②</sup> 最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第13条指出,“在借贷关系中,仅起联系、介绍作用的人,不承担保证责任。”当借款方不能归还资金时,平台便没有帮助还款的义务,充其量仅是帮助贷方催还、将借方列入诚信问题黑名单等。但借款方通过P2P 平台向社会公众募集资金,显然具备了《解释》关于非法吸收公众存款罪的四个特征,如果严谨按照司法解释,则几乎所有网络融资者均构成犯罪。因此有学者精准地指出,“目前刑法对非法吸收公众存款罪的认定,远落后于金融市场的网络化发展,这在一定程度上造成了互联网金融必然的‘违法性’”。<sup>[1]</sup> 这种基于金融垄断的刑事立法使互联网融资者行走在犯罪的高压线边缘,无疑平添了其风险性。

## (二) P2P 网贷平台异化之风险

P2P 平台本来只提供融资信息,是借贷双方在此达成协议的中介。但公众长期处于传统金融模式(尤其是银行存储)下,习惯了收益率固定化的“刚性兑付”,P2P 平台也会基于利润最大化的考虑而想方设法促成交易量的增长。为了使普通民众不至于望“风险”却步而吸引投资者,这时P2P 平台一般都会承诺一定的收益率或为借贷提供担保,如果因借方经营不善等客观原因或刻意不还等主观原因造成出资方不能追回本息的情况下,平台将会以自有资金兜底。这种情况下,P2P 平台就不仅是信息中介,也成为潜在的债务人。而平台自身的资金肯定有限,为了更好地承担保证责任,平台会将放款客户的部分资金放入平台的中间账户,形成“资金池”,以备不时之需。这种情况下,P2P 平台不再是消极被动地接受借贷业务的中介,而是积极主动地吸收资金、发放贷款,成为“影子银行”式的类金融机构。

<sup>①</sup> 不被传统金融覆盖的,资金小额化、分散性的普通大众。

<sup>②</sup> 除非P2P 中介为借款方提供积极的帮助行为,按照2014年《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》规定,“为他人向社会公众非法吸收资金提供帮助,从中收取代理费、好处费、返点费、佣金、提成等费用,构成非法集资共同犯罪的,应当依法追究刑事责任。”也有学者认为P2P 中介没有对借款人的身份和资信能力尽到相应的审核义务,默许借款人在平台上实施非法吸收公众存款犯罪活动的情况下,P2P 网络集资平台与借款人也构成非法吸收公众存款犯罪的共犯。(刘宪权、金华捷.P2P 网络集资行为刑法规制评析[J].华东政法大学学报,2014(5):25.)但这种情况下如何证明P2P 平台负责人主观上“明知”而“默认”具有很大的困难,容易导致处罚范围过于扩大,因此笔者对此观点暂持保留态度。

这种情况下会形成三种风险:(1) P2P平台介入借贷,为借方提供担保,这便使平台承担了较大的信用风险。因为它们一旦破产,<sup>①</sup>“不仅会使相关债权人、交易对手的利益受损,也会使具有类似业务或风险的互联网金融机构的债权人、交易对手怀疑自己机构的清偿能力,进而产生信息上的传染效应”。<sup>[2]</sup>即引发公众对整个互联网金融行业的信用危机;(2) 如果P2P平台致力于信息中介,仅在特定借款人和出借人之间发生借贷关系,即便发生不能归还情况,财产损失仅局限于部分人,即风险具有局部性、封闭性;而承担担保责任的平台在借款人不能归还资金的情况下,需要代为偿付,平台一旦因之资不抵债而破产,此平台基础上的所有出借人都因之蒙受牵连,风险便集中爆发、且有牵连性,这样会造成大范围金融秩序的紊乱和大量出借人的财产损失;(3) P2P平台将部分客户资金归入“资金池”以做担保,但缺乏第三方监督,极易出现平台负责人携款潜逃等“跑路”事件。如果出现这种情况便涉嫌非法吸收公众存款或集资诈骗罪无疑。

### 三、P2P网络融资的风险规制

对新兴的互联网金融一概持听之任之的放任态度会造成“不管则乱”的局面,不利于互联网金融乃至整个金融领域的健康持续发展,也不利于民众财产权益的维护;但严苛的法律规制尤其是刑法规制则极易造成“一管则死”的结局,不利于推动金融创新。因此对之进行适度的法律监管已是经济学者和法学者的共识。能够适用于互联网金融的有调整借贷关系的民事法律以及行政法、刑法,前者属于“横向的互联网金融交易规范”,后者属于“纵向的互联网金融交易规范”,前者并非无法可依,<sup>②</sup>只是纵向的互联网金融监管规范几乎处于空白。<sup>[3]</sup>基于此种考虑,笔者在此不再论及民事方面的法律规制,而着重讨论非法律规范、行政法、刑法的规制。

笔者认为,风险规制的逻辑进路应该是先穷尽非法律规范,再考虑行政法规范,最后考虑刑法规范,这是刑法坚持谦抑本性的当然位阶。那种主张刑事法网扩张、严厉打击金融领域犯罪的观点与刑法谦抑性背道而驰。对于互联网金融领域的这种高科技犯罪,重点不在于事后的打击,而在于事前的预防与事中监管,因此先穷尽非法律规范以及行政法规范实为必要。

#### (一) P2P网络融资风险的非法律规制

普通公众的非理性、从众性,加上缺乏基本的投融资知识,对潜在的风险一无所知。正所谓“无知者无畏”,才造成了一心追求收益而罔顾风险的局面。通过各方媒体、包括网络融资平台加强金融基础知识的普及以及对重大风险、投资陷阱的基本识别,使普通公众增强“风险意识”,从而稀释投资的从众性、盲目性,以期做到理性投资,从源头上减少不法分子可趁之机。

在规制互联网金融方面,行业自律尤为重要。2014年4月,中国人民银行发布《中国金融稳定报告(2014)》,报告指出互联网金融监管的五大原则,其中之一便是“要处理好政府监管和自律管理的关系,充分发挥行业自律的作用。”在这方面互联网金融协会<sup>③</sup>以及互联网金融专业委员会<sup>④</sup>的建立便是一个很好的开端,在目前行政规范缺位的情况下,自律组织既可在政策上起到上传下达的作用,又可就现实中出现的重大风险做出紧急规制,为日后相关法律法规的出台做铺垫。这些自律组织还可以针对互联网金融极易出现重大风险或投资陷阱的领域列出相关负面清单,使融资平台做到有所为有所不为。

① 实际证明这种破产的几率很高,据网贷之家统计,2013年有70多家P2P平台涉嫌诈骗或者跑路。另据《证券日报》记者不完全统计,2014年上半年时间已50家平台被爆出因涉嫌诈骗、自融或提现困难等问题而倒闭。中国经济网,上半年50家P2P平台倒闭 四种死法敲响行业警钟[EB/OL]. [http://finance.ce.cn/rolling/201406/28/t20140628\\_3057081.shtml](http://finance.ce.cn/rolling/201406/28/t20140628_3057081.shtml)(访问时间为2015-1-20)。

② 只是由于在民事侵权诉讼中,由于互联网交易的迅捷性、隐秘性、高技术性,受侵害的普通出借方可能面临举证上的难度,再者大多出借资金都属小额,维权成本使之放弃了追究借款人的责任。但这些均属于实践中需要解决的问题,与法律的完善程度近乎无关。

③ 该协会由央行条法司牵头筹建,旨在对互联网金融行业进行自律管理,推动形成统一的行业服务标准和规则,引导互联网金融企业履行社会责任。洪蓓馨,中国互联网金融协会获国务院批复[EB/OL]. <http://www.yicai.com/news/2014/04/3662929.html>(访问时间为2015-1-20)。

④ 互联网金融专业委员会相当于第一个由金融监管系统主管的,专门针对互联网金融的行业自律机构,可以作为央行传递信息的机制。“此专业委员会可以看作作为一个缓冲带,是一个很好的尝试,既可以很好地传导央行政策,又可以在监管还没有明确依据的情况下,避免直接监管带来的风险。”互联网金融专业委员会成立[N]. 北京日报 2013-12-05。

## (二) P2P 网络融资风险的行政应对

自律需与监管协调并济,监管不同于管制,我们应摒弃传统金融垄断性管制的思维,互联网金融监管应立足于推动金融创新。针对互联网金融平台的风险,我们可以尝试从以下几个方面予以行政法律规制。

1. 针对信息不实性的规制。作为一个纯粹信息撮合匹配平台,信息监管是重中之重。有学者提出信息监管的五项原则,P2P 平台必须:(1)完整保存客户信息;(2)不得虚构借贷信息;(3)充分履行风险告知;(4)如实披露经营信息;(5)保障客户信息安全,不利用客户信息从事超出法律许可和未经客户授权的活动。<sup>[4]</sup>这无疑是较为全面的,可以使投资者在知情、理性的基础上作出决策,最大程度地保护广大散户的合法权益。

在现实中,部分互联网平台资金优势、技术优势明显且富有经验,在数据收集及评测上也更具优势,其利用大数据、云计算等高科技进而凭借数据信息积累与挖掘优势开展业务,在信息披露上表现突出,自然能吸引更多客户。而一些刚从事互联网金融平台经营的企业或资金、技术较为薄弱的小企业,并不具备原始信息和信用数据积累的优势,在此平台上从事借贷业务的客户所面临的信息不实风险也就更大。由此我们可以考虑由政府买进服务的方式,将数据信息积累较为完备的多个融资平台的信息查询系统打包买进,并加以整合,实现信息互补,进而以较低利润率出售给中小微平台,实现信息共享。笔者认为,这是实现信息强制披露制度的可行之策。

2. 融资平台介入借贷、提供担保的资金池应对。P2P 网贷平台限于信息中介只是一个理性层面的要求,“目前国内的运营模式罕见纯平台模式,或多或少都有自身信用的介入”。<sup>[5]</sup>前文已述,因为普通民众早已习惯了有固定收益率的“刚性兑付”,为了吸引更多投资者,“P2P 平台普遍划拨部分收入到风险储备池,用于保障投资者的本金”,<sup>[2]</sup>如此情况下,平台集信息中介、资金中介与信用中介于一身,俨然具有了金融机构的特征。对此,需要以下行政规制:

其一,既然 P2P 平台具有了类金融机构的特征,对于其信用风险的控制我们可以参照银行等金融机构的做法。首先,需要设置一定的准入门槛,预先对其资金实力、资产管理能力、相关人员专业素质等进行实质审查;其次,传统金融机构一般会由中央银行规定一定的存款准备金率(deposit-reserve ratio),由金融机构计提资产准备金,一旦银行等金融机构出现承兑困难的情况,可以用这部分预拨资金用于归还存款本息。这样便在很大程度上降低了金融机构的信用风险。不同网贷平台风险差异较大,我们可以以风险计量作为标准,从平台风险储备池资金中按一定比率计提准备金,一旦平台由于经营不善、资不抵债等状况而倒闭,可以用这部分资金兑付广大散户。

其二,对于平台形成的资金池,为了防止平台负责人员擅自挪用资金甚至卷款潜逃,我们应当引入第三方托管制度。在此方面,安心贷与盛付通的合作,有利网在徽商银行南京分行开设专用账户,与公司账户隔离。<sup>[6]</sup>这都是非常成功的尝试。

其三,分业监管与统筹监管相结合。传统金融领域实行银行、证券、保险、信托、基金分业经营分业管理模式。但随着互联网金融的出现,金融创新不断涌现,部分互联网金融已经具备几个不同行业的特征,即出现了混业经营,如余额宝将第三方支付与货币基金相结合,就出现了支付行业与证券业的结合。对于这种跨越不同行业的金融新模式,如果仍坚持传统的严格分业管理,则会出现互相推诿、权责不明、管理失效的状况。因此对这种业务模式如何在“一行三会”间分清权责似乎是一个难题。2013 年 8 月,经国务院批准,由中国人民银行牵头的金融监管协调部际联席会议制度,就是旨在“交叉性金融产品、跨市场金融创新的协调”,这无疑是很好的尝试,但在现实中如何发挥好各部门协调并济的监管作用,还需在实践中不断地摸索和完善。

## (三) P2P 网络融资风险的刑法应对

传统刑法理论认为非法吸收公众存款罪侵害的客体是金融管理秩序,这显然是国家垄断金融的经济政策使然。全国人大常委会法工委刑法室关于此罪的立法说明论到,“随着我国经济建设的飞速发展,使项目建设与资金短缺的矛盾突出,一些单位或个人为了筹集资金……或擅自提高利率,不择手段地把公众手中的钱集中到自己手中,与银行争资金……破坏了利率的统一,影响币值的稳定……”。<sup>[7]</sup>因此非法吸收公众存

款罪中的“非法”,主要在于挑战了国家垄断金融的权威,即未经国家有关部门批准。

这种金融垄断政策影响下的刑事立法造成了互联网融资违法的必然性,P2P融资平台与非法吸收公众存款罪发生严重契合。前文已述,如果P2P平台坚守于信息中介的角色,借方则涉嫌此罪(平台有时极易涉嫌此罪的帮助犯);如果P2P平台直接接入借贷流程、进行信用担保,则平台本身涉嫌非法吸收公众存款罪无疑,如此造成了P2P融资平台极大的刑事风险。

有学者主张废止非法吸收公众存款罪的规定,<sup>[8]</sup>但这种观点过于激进,导致那些通过虚假宣传或其他不正当手段吸收公众资金,对公众财产造成损失或高度危险,但不能证明其主观上具备非法占有目的(或者被告人提出证据证明自己并无非法占有目的)的行为不能受到有效规制。如P2P网贷平台“优易网”负责人携款潜逃案件,为留住投资人,发布虚假标,面对日益庞大的利息支付,通过炒期货赚钱来弥补漏洞,因屡炒屡亏,最后落荒而逃。由于没有查到相关负责人把从投资者那里吸收的资金用于个人挥霍,即不能证明其主观上具备非法占有目的,拟以非法吸收公众存款罪定罪。<sup>[9]</sup>因此非法吸收公众存款罪尚有其存在的必要性,但我们应以新时期的金融政策为导向对此罪重新阐释。

笔者认为,法益并不具有一成不变的固定性,随着经济社会的发展,原先一些属于刑法保护的法益可能在新时期失去了其受保护的正当性(如计划经济时期的投机倒把罪),也有一些法益在先前较落后的年代并不明显或不存在,但随着社会向前发展,其重要性日益突出,因而列入刑法保护范围(如金融领域的大量犯罪)。非法吸收公众存款罪在国家严格管控的年代保护国家统一的金融管理秩序,但随着市场经济不断深入以及金融市场改革,利率市场化以及民间融资的合法性为新时期所必须,因此此罪原先保护的法益如今便失去其受保护的正当性。

在以人为本的法治国家里,个体的权益为国家所提倡,因此非法吸收公众存款罪保护的法益应该立足于公众的财产权益。<sup>①</sup>有学者提倡以欺诈和高风险为标准将非法吸收公众存款罪进行限缩适用,<sup>[10]</sup>此观点具有较强合理性。即借款人或P2P平台通过虚假宣传或过分高于其归还能力的承诺收拢公众资金,使公众的财产权益陷入高度危险当中,方可构成该罪。

处置非法集资部际联席会议办公室主任刘张君曾指出,P2P网络借贷平台涉嫌非法集资的情况主要有三种:(1)资金池;(2)经营者没有尽到借款人身份真实性的核查义务,未能及时发现甚至默许借款人在平台上以多个虚假借款人的名义发布大量虚假借款的信息;(3)个别P2P网络借贷平台发布虚假的、包庇借款标的募集资金,采取借新还旧的庞氏骗局模式,短期募集大量资金,有的用于自身生产资金,有的甚至卷款潜逃。<sup>[11]</sup>

其中第(2)(3)情形都涉及虚假宣传,这是“非法”的本质所在,如果符合“社会公众”性要求,则涉嫌非法吸收公众存款罪。但笔者不主张形成资金池的情形一概涉嫌该罪。有学者主张“将是否严守传统‘信息中介’经营模式作为划定刑法规制范围的界限,将‘异化’的P2P网络集资纳入刑法规制的范围。”<sup>[12]</sup>笔者不赞同该种观点。其一,从实然层面看,国内的P2P借贷平台大都介入到借贷中来,大量地借用资金池模式开拓业务,如果这种行为一概列入刑法规制范畴,则大多数平台均涉嫌犯罪,导致犯罪圈极度扩张;其二,上文已经提及,引入第三方托管制度,可以很好地规避平台擅自挪用资金的风险,在行政规范能够得以应对的情况下,刑法应当本着谦抑的态度;其三,大多数平台形成资金池,其初衷并非卷款潜逃,而是为了更好地应对借方不能还款的风险,从而更好地保障广大储户的权益进而吸引公众投资,如果此资金池通过公开的、表述真实的方式形成并且运用得当,就能够降低广大储户的风险,从法益保护的角度讲,此模式不仅对法益无损,反而更好地保护了公众财产权益,因此不应将此行为解释为犯罪。只有通过虚假宣传方式形成资金池,才可以非法吸收公众存款罪规制。

总之,笔者主张非法吸收公众存款罪的法益应该由金融管理秩序转变为公众财产权益,并且“对构成要

<sup>①</sup>当然传统的非法吸收公众存款罪在维护金融管理秩序同时也有保护公民财产权益的功效,但这两法益侧重点不同,传统理论显然更侧重于前者。而法益具有构成要件的解释导向功能,在传统理论中只要未经国家批准,擅自向公众吸收资金,即便没有对公众资金损失造成任何危险也构成此罪。但如果将法益保护侧重点转为公民的财产权益,虽然未经批准,但未对公众资金损失造成任何危险就不构成此罪。

件的解释不能停留在法条的字面含义上,必须以保护法益为指导,使行为的违法性与有责性达到值得科处刑罚的程度”,<sup>[13]</sup>从而将借方或致力于信用担保的 P2P 平台没有通过虚假宣传而是真实、透明的方式,但最终由于经营不善等主观不能的原因导致公众财产实际损失或有损失的重大危险的情形排除出此罪。基于真实宣传、信息透明的互联网融资,基于意思自治,风险自理,从而尊重公民自决,其纠纷完全可以通过民事侵权或债务纠纷加以解决。从而为金融创新松绑,不至于使落后的刑法规定成为经济社会发展的羁绊。

#### 参考文献:

- [1]姜涛. 互联网金融所涉犯罪的刑事政策分析[J]. 华东政法大学学报 2014(5):15.
- [2]谢平,邹传伟,刘海二. 互联网金融监管的必要性与核心原则[J]. 国际金融研究 2014(8):5-8.
- [3]李有星,陈飞,金幼芳. 互联网金融监管的探析[J]. 浙江大学学报(人文社会科学版) 2014(4):92-93.
- [4]谢平,邹传伟. 中国 P2P 网络贷款监管的核心理念[EB/OL]. <http://business.sohu.com/20140402/n397649944.shtml>.
- [5]陆琪. 浅议互联网金融背景下的非法集资问题[J]. 科技与法律 2014(3):458.
- [6]李文龙. 引入第三方托管 防范 P2P 网络借贷风险[N]. 金融时报 2013-12-2.
- [7]李淳,王尚新. 中国刑法修订的背景与适用[M]. 北京:法律出版社,1998:209.
- [8]刘宪权. 论互联网金融刑法规制的“两面性”[J]. 法学家 2014(5):87.
- [9]商建刚. 非法吸收公众存款罪与互联网金融之辨析[EB/OL]. <http://finance.sina.com.cn/money/lcp2p/20140526/114019226054.shtml>.
- [10]姜涛. 非法吸收公众存款罪的限缩适用新路径:以欺诈和高风险为标准[J]. 政治与法律 2013(8):60-61.
- [11]刘张君. P2P 监管细则研究已经启动[EB/OL]. [http://www.cs.com.cn/ssgs/hyzz/201404/t20140421\\_4369864.html](http://www.cs.com.cn/ssgs/hyzz/201404/t20140421_4369864.html).
- [12]刘宪权,金华捷. P2P 网络集资行为刑法规制评析[J]. 华东政法大学学报 2014(5):23.
- [13]张明楷. 实质解释论的再提倡[J]. 中国法学 2010(4):49.

## The Legal Risk of Internet Finance and its Regulation

——Analyze from the perspective of P2P net credit platform

CUI Zhiwei

(East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, China)

**Abstract:** The Internet finance as a product of traditional finance spontaneously reform and innovate, there is nothing comparable to this advantage in the traditional finance, but it has the inherent risk in the financial field, also has the new generated risk as the internet advanced technology combining with traditional financial. For this kind of risk, we should adhere to the adjustment order of “non legal norms – administrative law norms – criminal law norms”, to protect the financial innovation as the starting point of supervision. For the “peer – to – peer” net credit platform which dedicated to the credit guarantee, it should introduce third party to host the pool of funds, and not banned in crime of illegal absorbing public deposits altogether. Under the financial innovation, the monopoly protection for the financial management order lost its legitimacy, for the crime of illegal absorbing public deposits explanation should be guided by the public property rights and the law.

**Key words:** internet finance; peer – to – peer; risk; legal regulation

(责任编辑:张秋虹)